

## Democracia Defensiva<sup>1</sup>

### *Defensive Democracy*

### *Democracia Defensiva*

#### **Josef Christ<sup>2</sup>**

Ministro do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht). [Karlsruhe](#). Alemanha  
I Heidelberg University. Heidelberg. Alemanha

#### **Kelly Passos (Tradução)<sup>3</sup>**

#### **Karina Nunes Fritz (Revisão)<sup>4</sup>**

Programa de Doutorado em Direito Privado.  
III Humboldt Universität zu Berlin (HU). Berlim, Alemanha.

#### **Emil Richter (Revisão)<sup>5</sup>**

Primeiro Secretário da Embaixada da Alemanha no Brasil  
IV Embaixada da Alemanha. Brasília, Brasil.

---

**RESUMO:** O artigo explora o conceito de "democracia defensiva" na Alemanha, um sistema que busca proteger a ordem constitucional liberal e democrática contra ameaças internas e externas. Analisa as raízes históricas desse conceito na República de Weimar e como a Lei Fundamental alemã incorporou mecanismos para evitar a repetição dos erros do passado. O estudo detalha os instrumentos constitucionais e legais disponíveis, como a proibição de partidos e associações anticonstitucionais, a privação de direitos fundamentais e a vigilância de atividades extremistas. Enfatiza a importância do dever de lealdade à Constituição por parte de funcionários públicos, juízes e soldados, bem como a proteção da Constituição como um todo. Conclui que a democracia defensiva na Alemanha é um sistema complexo e multifacetado que visa equilibrar a proteção dos valores democráticos com a garantia das liberdades individuais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia defensiva; Constituição alemã; República de Weimar; Direitos fundamentais; Extremismo.

---

<sup>1</sup> O presente texto baseia-se em palestras realizadas, em 2023, em Brasília, Rio de Janeiro e Recife, em evento organizado pela Embaixada da Alemanha no Brasil e pela Profa. Dra. Karina Nunes Fritz, Secretária-Geral da Deutsch-lusitanische Juristenvereinigung (Associação Luso-alemã de Juristas) e coordenadora do Fórum Permanente de Direito Comparado da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4248-2186>

<sup>3</sup> Orcid: não identificado

<sup>4</sup> Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9866-4240>

<sup>5</sup> Orcid: não identificado

**ABSTRACT:** The article explores the concept of "defensive democracy" in Germany, a system that seeks to protect the liberal and democratic constitutional order against internal and external threats. It analyzes the historical roots of this concept in the Weimar Republic and how the German Basic Law incorporated mechanisms to avoid repeating the mistakes of the past. The study details the constitutional and legal instruments available, such as the prohibition of anti-constitutional parties and associations, the deprivation of fundamental rights, and the surveillance of extremist activities. It emphasizes the importance of the duty of loyalty to the Constitution by civil servants, judges, and soldiers, as well as the protection of the Constitution as a whole. It concludes that defensive democracy in Germany is a complex and multifaceted system that aims to balance the protection of democratic values with the guarantee of individual freedoms.

**KEYWORDS:** Defensive democracy; German Constitution; Weimar Republic; Fundamental rights; Extremism.

**RESUMEN:** El artículo explora el concepto de "democracia defensiva" en Alemania, un sistema que busca proteger el orden constitucional liberal y democrático frente a amenazas internas y externas. Analiza las raíces históricas de este concepto en la República de Weimar y cómo la Ley Fundamental alemana incorporó mecanismos para evitar la repetición de los errores del pasado. El estudio detalla los instrumentos constitucionales y legales disponibles, como la prohibición de partidos y asociaciones anticonstitucionales, la privación de derechos fundamentales y la vigilancia de actividades extremistas. Se enfatiza la importancia del deber de lealtad a la Constitución por parte de los funcionarios públicos, jueces y soldados, así como la protección de la Constitución en su conjunto. Se concluye que la democracia defensiva en Alemania es un sistema complejo y multifacético que busca equilibrar la protección de los valores democráticos con la garantía de las libertades individuales.

**PALABRAS CLAVE:** Democracia defensiva; Constitución alemana; República de Weimar; Derechos fundamentales; Extremismo.

## Introdução

Estados liberais e democráticos estão sob pressão em todo o mundo. As forças que rejeitam a liberdade e a democracia tornam-se mais fortes. Por isso, cresce a preocupação de que até mesmo democracias consolidadas possam entrar em crise. A Polícia Federal, órgão central da polícia criminal na Alemanha, registrou um recorde de crimes com motivações políticas em nosso país. Em 2022, o número de delitos com motivação política aumentou em mais de 7%, para cerca de 59.000 delitos; em 4.000 casos, houve uso de violência. Ao mesmo tempo, há intensos debates na mídia sobre funcionários públicos e juízes extremistas. Especial atenção atraíram os casos de juízes que – fora do exercício de sua função – se manifestaram de forma racista ou transformaram suas decisões judiciais em manifestações de opinião política.

Democracias liberais no mundo inteiro enfrentam a esse respeito um dilema difícil de resolver: pode o Estado garantir liberdade até mesmo aos inimigos da liberdade? Um Estado deixa de ser liberal por não tolerar essas forças?

A Constituição da República Federal da Alemanha de 1949 – a Lei Fundamental ou *Grundgesetz* (GG) – garante diversas liberdades a todo cidadão, que pode usá-las para sua realização pessoal. O art. 5º § 1º da Lei Fundamental garante a todo indivíduo o direito de expressar livremente sua opinião e divulgá-la<sup>6</sup>. Essa norma é similar ao art. 5º, inciso IV da Constituição brasileira. O Tribunal Constitucional alemão esclareceu que essa liberdade de expressão cabe também aos cidadãos que rejeitam os valores fundamentais da Constituição.

Com efeito, o art. 5º § 1º da Lei Fundamental protege até mesmo opiniões que defendam a extinção da democracia liberal. A norma se ampara na crença na força do livre embate de ideias como a arma mais eficaz contra a disseminação de ideologias totalitárias e de desprezo pelo ser humano. Mesmo a disseminação de conteúdo ideológico nacional-socialista, como questionamento radical da ordem livre e democrática, não é, portanto, excluído da esfera de proteção da liberdade de expressão, desde que isso não ocorra através de meios agressivos e combativos.

No entanto, a democracia liberal na Alemanha não está indefesa, à mercê de seus inimigos. A Lei Fundamental contém diversos instrumentos destinados a evitar que a liberdade garantida constitucionalmente seja deturpada pelos inimigos dessa liberdade para instituir um sistema totalitário. Assim, a *Grundgesetz* transformou a democracia liberal na Alemanha em uma “democracia defensiva”.

Na primeira parte, gostaria de expor o que se deve entender por “democracia defensiva” e quais aspectos da história constitucional contribuíram para seu

---

<sup>6</sup> Art. 5. Liberdade de opinião, de arte e ciência

(1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura.

desenvolvimento. Na segunda parte, vou abordar os bens tutelados pela democracia defensiva. A Lei Fundamental sintetiza esses bens tutelados sob o conceito de “ordem fundamental livre e democrática”. Por fim, tratarei de determinadas manifestações do princípio da democracia defensiva no próprio direito constitucional e também no direito geral.

## 1. O que significa “democracia defensiva”?

A Lei Fundamental tem por base a ideia de uma ordem estatal na qual democracia, liberdade e Estado de Direito estejam permanentemente garantidos. Portanto, a Lei Fundamental não concede liberdade alguma que possa ser arbitrariamente abusada e deturpada para extinguir essa ordem constitucional. Ela não permite que o exercício da liberdade se torne um risco justamente para essa liberdade.

Por isso, desde cedo o Tribunal Constitucional afirmou que os “inimigos da Constituição não podem, invocando as liberdades garantidas pela Constituição, ameaçar, prejudicar ou destruir a ordem constitucional ou a existência do Estado”. Essa é a ideia contida por trás do conceito de “democracia defensiva. Esse princípio, segundo o Tribunal Constitucional, é a “expressão da vontade político-constitucional consciente de solucionar um problema fundamental da ordem estatal livre e democrática”, ou seja, a “tentativa de uma síntese entre o princípio da tolerância perante todas as concepções políticas e o compromisso com determinados valores fundamentais intangíveis da ordem estatal”.

Em uma série de disposições, a Lei Fundamental adota medidas para proteger seus fundamentos liberais e democráticos contra-ataques internos e externos. A ordem livre e democrática deve ser amplamente protegida tanto contra-ataques por parte do próprio Estado como também da sociedade.

## 2. Sob a ótica da história constitucional: por que a Constituição é defensiva?

Quais são as razões históricas para a defensibilidade da ordem constitucional na Alemanha? Com os direitos de liberdade e igualdade regulamentados nos artigos 1º a 19, a Lei Fundamental processa um legado coletivo. Esses direitos fundamentais surgiram a partir de experiências dolorosas de ameaça e violação. Os atos violentos cometidos pelo Estado durante o regime de terror dos nazistas levaram a Assembleia Constituinte instituída em 1948 – o chamado Conselho Parlamentar –, a submeter todo o Poder Público na Alemanha à observância de direitos de liberdade cruciais. Assim, o art. 1º § 3º da Lei Fundamental estabelece que: “Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, vinculam, como direito de vigência imediata, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário”<sup>7</sup>. Em especial, o princípio da democracia defensiva tem raízes históricas e sua importância para a Alemanha não pode ser compreendida sem um olhar no passado.

A República de Weimar, com a Constituição do Império de Weimar de 1919, foi a primeira democracia em solo alemão. Ela chegou a um fim abrupto com a tomada de poder pelos nazistas. Muitos atribuíram a queda da República de Weimar à incapacidade de defesa da Constituição de Weimar. Hoje, a Constituição de Weimar e seus mecanismos de proteção são vistos de forma mais diferenciada. A República de Weimar ruiu, porque muitos cidadãos não tinham confiança no Estado Constitucional e Democrático de Direito e porque a nova ordem não foi amplamente apoiada, sobretudo, pelas elites.

A Assembleia Nacional Constituinte, instituída após o fim da Segunda Guerra Mundial para elaborar a Lei Fundamental, foi fortemente influenciada pelo fracasso da

---

<sup>7</sup> Art. 1º. (...)

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

República de Weimar. Havia o consenso de que a nova Constituição deveria conter instrumentos com os quais uma ordem fundamental livre e democrática pudesse ser permanentemente protegida contra seus inimigos. Weimar serviu, nesse sentido, como modelo contrastante para a nova Constituição da República Federal da Alemanha. Mas quais experiências influenciaram o entendimento preliminar dos constituintes?

## 2.1. Status Quo na República de Weimar

A democracia defensiva é a resposta a uma noção juspositivista de democracia dominante na Teoria do Estado de Weimar, que relativizava os valores. A Teoria do Estado reinante na República de Weimar se baseava em uma noção de Estado notadamente positivista: a Constituição não vinculava por seus objetivos, mas exclusivamente pela aplicação formal de uma metodologia jurídica sobre o texto constitucional. A isso estava associada uma relativização de valores. Hans Kelsen destacou-se, por exemplo, por defender que uma democracia, para permanecer fiel a si mesma, deveria “tolerar também um movimento voltado à destruição da democracia”. Abro aspas: “É preciso permanecer fiel à sua bandeira, ainda que o navio afunde”.

Uma compreensão de Estado atada a um relativismo axiológico revelava-se também nas exigências para as alterações constitucionais. A Constituição de Weimar podia ser alterada, sem maiores restrições, por meio de lei ordinária e ela não fornecia mecanismos de defesa contra seu esvaziamento por majorias parlamentares antidemocráticas.

Em relação à questão da possibilidade de alteração constitucional, predominava no Direito o entendimento de que o poder de alterar a Constituição era “materialmente ilimitado”. Ainda que a Teoria do Estado de Weimar tenha se empenhado em estabelecer limites, até seu fim ainda permaneceu válida a frase de Gerhard Anschütz, um dos teóricos do Estado mais influentes da época: “A Constituição não está acima do Legislativo, mas à disposição dele.”

## 2.2. Surgimento da ideia da democracia defensiva durante a República de Weimar

Contudo, ainda na República de Weimar surgiu a ideia, contrária ao relativismo axiológico, de uma democracia defensiva. Alguns teóricos do Estado buscaram caminhos para subtrair certos elementos da Constituição do poder de alteração do Legislador. Karl Loewenstein teve a ideia de um “dever de autopreservação” (*Pflicht zur Selbsterhaltung*). Durante sua imigração para os Estados Unidos, Loewenstein desenvolveu possíveis estratégias para a defesa da democracia sob o conceito da chamada democracia militante (*militant democracy*). Esse conceito influenciou decisivamente a ideia de democracia defensiva.

## 3. Como prevenir um abuso dos instrumentos da democracia defensiva?

O princípio da democracia defensiva traz consigo o risco de que o embate público de opiniões e interesses, democraticamente desejado, seja impedido e que certas opiniões sejam excluídas da luta pelas melhores soluções. O princípio da democracia defensiva pode ainda ser deturpado para combater adversários políticos e uma crítica indesejada. Por isso, é preciso tomar cuidado para que somente os inimigos da ordem fundamental livre e democrática sejam excluídos do confronto público de opiniões. Com essa finalidade, a Lei Fundamental prevê, para a maioria dos instrumentos da democracia defensiva, quatro garantias contra uma aplicação demasiadamente ampla:

- Em primeiro lugar, esses instrumentos só podem ser usados para a proteção de princípios básicos indispensáveis ao Estado constitucional liberal;
- Em segundo lugar, é necessário que haja um limiar mais elevado de risco a partir do qual os instrumentos que constituem a democracia defensiva sejam utilizados;

- Em terceiro lugar, a maioria dos instrumentos fica sob o monopólio do Tribunal Constitucional e exclusivamente sob seu poder de decisão (por ex., art. 18 2º período e art. 21 § 4º da Lei Fundamental);
- Em quarto lugar, os instrumentos da democracia defensiva estão claramente definidos quanto aos seus efeitos jurídicos e não deixam margem ao arbítrio.

#### 4. Quais são os bens tutelados pela democracia defensiva?

A “democracia defensiva” limita-se à proteção de princípios fundamentais elementares, os quais estão descritos nos arts. 18 e 21 § 2º da Lei Fundamental como “ordem fundamental livre e democrática”<sup>8</sup>. Tratam-se de princípios fundamentais da Constituição reconhecidos como valores absolutos e que, portanto, devem ser firmemente protegidos contra todos os tipos de ataques.

O Tribunal Constitucional logo cedo tratou de determinar os conteúdos mais detalhados da ordem fundamental livre e democrática. Já em uma decisão de 1951 sobre a proibição do Partido Socialista do Reich, organização ligada ao ideário nazista, a Corte definiu essa ordem fundamental como “uma ordem que, excluindo qualquer forma de dominação arbitrária e violenta, representa um Estado de Direito baseado na autodeterminação dos povos, conforme a vontade da respectiva maioria, bem como na liberdade e igualdade.”

---

<sup>8</sup> Art. 18. Perda dos direitos fundamentais. Quem, para combater a ordem fundamental livre e democrática, abusar da liberdade de expressar a opinião, particularmente da liberdade de imprensa (artigo 5 § 1), da liberdade de ensino (artigo 5 § 3), da liberdade de expressão (artigo 5 § 3), da liberdade de reunião (artigo 8), da liberdade de associação (artigo 9), do sigilo da correspondência, das comunicações postais e das telecomunicações (artigo 10), do direito de propriedade (artigo 14) ou do direito de asilo (artigo 16 § 2), perde estes direitos fundamentais. Cabe ao Tribunal Constitucional Federal pronunciar-se sobre a perda dos direitos e fixar a sua extensão.

Art. 21. Partidos. (...)

(2) São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha.

A ordem fundamental livre e democrática foi, em seguida, concebida pelo Tribunal Constitucional a partir da dignidade humana como valor supremo da *Grundgesetz*. Tratam-se de condições fundamentais indisponíveis para uma “organização estatal condizente com a dignidade humana”. O art. 1º § 1º da Lei Fundamental estabelece que: “A dignidade da pessoa humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder estatal”.<sup>9</sup> De forma semelhante, o art. 1º da Constituição brasileira protege a dignidade humana. Essa dignidade nasce exclusivamente do pertencimento à espécie humana, cabendo a cada ser humano independentemente de características como origem, raça, idade ou gênero. O indivíduo não pode ser degradado a mero objeto da ação estatal.

Além da dignidade humana, o princípio democrático também é parte integrante da ordem fundamental livre e democrática e, assim, um bem tutelado pela “democracia defensiva”. Partindo do valor próprio e da dignidade do ser humano capaz de exercer a liberdade, a Lei Fundamental garante ao cidadão o direito de escolher o Poder Público por meio de eleições livres e igualitárias. Imprescindíveis a um sistema democrático são a participação igualitária de todos os cidadãos no processo de formação da vontade política e a responsabilidade do Poder Público perante o povo (art. 20 §§ 1º e 2º da Lei Fundamental). “A democracia é a forma de domínio dos livres e iguais”<sup>10</sup>.

Por fim, a vinculação ao direito dos poderes estatais, inerente ao princípio do Estado de Direito (art. 20 § 3º da Lei Fundamental); o controle dessa vinculação por tribunais

---

<sup>9</sup> Art 1º. (...)

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

<sup>10</sup> Art. 20. Princípios constitucionais - direito de resistência.

(1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

(2) Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

(3) o poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito.

(4) Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa.

independentes; a separação de poderes e o monopólio estatal do poder também integram o conceito de ordem fundamental livre e democrática.

## 5. Instrumentos da proteção preventiva e repressiva da “ordem fundamental livre e democrática”

Quais são, então, os instrumentos que a Lei Fundamental dispõe, em termos de “democracia defensiva”, para a proteção dessa ordem fundamental livre e democrática? O Tribunal Constitucional elenca aqui principalmente os dispositivos da Lei Fundamental sobre a proibição de associações anticonstitucionais (art. 9º § 2º GG)<sup>11</sup>, a perda de direitos fundamentais (art. 18 GG), a proibição de partidos anticonstitucionais ou sua exclusão do financiamento partidário estatal (art. 21 §§ 2º e 3º GG)<sup>12</sup>, além da possibilidade de aposentadoria compulsória de juízes que atentem contra a Constituição ou sua transferência para outro cargo (art. 98 § 2º GG)<sup>13</sup>.

Esses instrumentos constitucionais da democracia defensiva estão configurados de forma muito rigorosa. Eles não preveem gradações (modulações) em seus efeitos jurídicos que possam permitir uma decisão caso a caso sobre a extensão e a intensidade da medida. Em vez disso, permitem apenas uma “decisão de tudo ou nada”. Uma

---

<sup>11</sup> Art. 9º. Liberdade de associação e coalizão.

(2) São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos.

<sup>12</sup> Art. 21. Partidos. (...)

(2) São inconstitucionais os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha.

(3) Estão excluídos do financiamento estatal os partidos que, pelos seus objetivos ou pelas atitudes dos seus adeptos, tentarem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federativa da Alemanha. Uma vez decidida essa exclusão, são eliminadas também as vantagens fiscais e as subvenções para esses partidos.

<sup>13</sup> Art. 98. Situação legal dos juízes.

(2) Quando um juiz federal, dentro ou fora de sua função, infringir os princípios da Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um Estado, o Tribunal Constitucional poderá ordenar, por maioria de dois terços, por solicitação do Parlamento Federal, que o juiz seja transferido para outro cargo ou aposentado. No caso de infração premeditada, pode ser ordenada sua exoneração.

associação será proibida ou não será proibida. Se os pressupostos para a proibição de um partido político estiverem presentes, ele deverá ser proibido. Em razão dessas rígidas consequências jurídicas, o Tribunal Constitucional interpreta restritivamente os pressupostos para cada medida. Se houver medidas mais brandas para o alcance da mesma finalidade, elas deverão ser adotadas a fim de evitar tanto quanto possível uma futura proibição partidária.

### 5.1. Proibição de associação (art. 9º § 2º GG)

O art. 9º § 1º da Lei Fundamental protege a formação e a existência de associações e, assim, o “princípio da livre formação social de grupos”. Com isso, a Lei Fundamental garante a todos os alemães o direito de criar associações e sociedades. Como expressão de uma democracia constitucional defensiva, a Lei Fundamental estabelece também limites para a liberdade de associação no interesse de uma proteção constitucional preventiva. Segundo o art. 9º § 2º: “São proibidas todas as associações cujas finalidades ou cuja atividade sejam contrárias às leis penais ou estejam orientadas contra a ordem constitucional ou os ideais do entendimento entre os povos”.

Uma proibição acarreta a dissolução da associação, que não poderá mais exercer suas atividades. Ela poderá apenas contestar judicialmente a deliberação que decretou sua proibição. A associação também não poderá continuar a funcionar sob a forma de uma organização substituta. Símbolos da associação proibida não poderão mais ser usados e seu patrimônio será apreendido e confiscado. Para que seja proibida é necessário que a associação “como tal, demonstre uma postura combativa agressiva perante os princípios elementares da Constituição.” Uma mera ideologia anticonstitucional é insuficiente, portanto, para se proibir o funcionamento de uma associação.

Desde a entrada em vigor da Lei das Associações, em 1964, foram declaradas, até 2020, 55 proibições de associações. As proibições de associações foram

determinadas principalmente no campo do extremismo contra estrangeiros, além do extremismo de direita e de esquerda, bem como do islamismo. Mais recentemente, foi dissolvida, por exemplo, a associação “Combat 18 Alemanha”, uma associação de atuação internacional claramente defensora do nazismo, antidemocrática, racista e xenófoba. Um outro exemplo foi a proibição da associação salafista “A Verdadeira Religião”, ligada ao islamismo, que disseminava suas mensagens anticonstitucionais e contrárias à ideia do entendimento entre os povos em seminários, eventos públicos e por meio da distribuição de traduções do Alcorão em zonas de pedestres. No início de 2020, a associação “Povos e Etnias Alemães Unidos” foi a primeira associação de cidadãos do império (*Reichsbürger*) proibida em toda a Alemanha.

## **5.2. Proibição de partidos políticos e exclusão do financiamento partidário (art. 21 §§ 2º e 3º GG)**

A defensibilidade da democracia liberal na Alemanha revela-se principalmente na possibilidade de se proibir partidos políticos anticonstitucionais ou de excluí-los do financiamento estatal. Com efeito, o art. 21 da Lei Fundamental, em seu § 1º, garante inicialmente a liberdade partidária. Segundo a Constituição, os partidos políticos possuem o status de uma instituição constitucional, pois eles influenciam decisivamente a formação da vontade política do povo. Isso pressupõe a liberdade para a sua fundação e o exercício das suas atividades, garantidos pelo art. 21 § 1º da Lei Fundamental. Quando o art. 21 § 2º da Lei Fundamental prevê, entretanto, a possibilidade da proibição de partidos políticos, ele o faz com o objetivo de evitar que os partidos se radicalizem e, dessa forma – tal como na fase final da República de Weimar –, criem condições para a instauração de uma ditadura totalitária.

De acordo com o art. 21 § 2º da Lei Fundamental, são inconstitucionais aqueles partidos políticos que, por seus objetivos ou pela conduta dos seus adeptos, tentem prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática ou pôr em perigo a existência da República Federal da Alemanha. O objetivo da proibição de partidos, consignada na Constituição, é vetar permanentemente a participação de um partido

anticonstitucional na formação da vontade política. Segundo o art. 21 § 4º da *Grundgesetz*, apenas o Tribunal Constitucional pode decidir sobre a questão da inconstitucionalidade, mediante requerimento do Parlamento (*Bundestag*), do Conselho Federal (*Bundesrat*, a Câmara Alta) ou do governo federal (*Bundesregierung*). O partido político considerado anticonstitucional pelo Tribunal Constitucional será dissolvido. Conseqüentemente, ele perde seu status constitucional, seu patrimônio é confiscado, seus deputados perdem os mandatos e ele não poderá fundar uma organização substituta.

Na história da República Federal da Alemanha, até hoje apenas dois requerimentos de proibição de partidos políticos tiveram êxito. Foram proibidos o Partido Socialista do Reich, em 1952, devido à sua orientação nazista, e o Partido Comunista da Alemanha, em 1956. Os processos de proibição movidos contra o Partido Nacional-Democrata da Alemanha (*Nationaldemokratische Partei Deutschlands* - NPD) em 2003 e 2017 não tiveram êxito. A solicitação de 2003 foi indeferida, porque se baseou em provas colhidas por pessoas de confiança do Órgão de Proteção da Constituição, infiltradas previamente no partido.

O requerimento de 2017 também não teve êxito. De acordo com o art. 21 § 2º da Lei Fundamental, é preciso que o partido em questão pretenda prejudicar ou eliminar a ordem fundamental livre e democrática. No julgamento, o *Bundesverfassungsgericht* concretizou esse pressuposto de “pretender” prejudicar ou eliminar a ordem constitucional exigindo que o partido a ser proibido tenha uma chance real de pôr em prática seus esforços anticonstitucionais, o que fora negado naquele momento em relação ao Partido Nacional-Democrata da Alemanha.

A decisão do Tribunal Constitucional provocou uma alteração na Lei Fundamental. O art. 21 § 3º da *Grundgesetz* prevê agora uma forma escalonada de mecanismos de autoproteção em relação à proibição partidária. Segundo esse dispositivo, aqueles partidos que são anticonstitucionais, mas que não possuem um potencial suficiente de periculosidade, devem ser excluídos primeiro do financiamento

estatal e dos benefícios fiscais. No momento, está em curso atualmente no Tribunal Constitucional um processo desse tipo contra o Partido Nacional-Democrata da Alemanha.

### 5.3. Privação de direitos fundamentais (art. 18 GG)

Uma outra manifestação da capacidade defensiva da nossa Lei Fundamental é a possibilidade conferida ao Tribunal Constitucional, pelo art. 18, de declarar a perda temporária de certos direitos fundamentais. O artigo prevê que indivíduos que abusem de seus direitos de liberdade para combater a ordem fundamental livre e democrática podem ser privados da proteção desses direitos de liberdade. Além disso, o Tribunal Constitucional pode determinar que essas pessoas fiquem privadas de seus direitos eleitorais ativos e passivos durante o período de suspensão dos direitos fundamentais.

É possível sofrer restrições principalmente nos direitos fundamentais de comunicação, como a liberdade de expressão, liberdade de imprensa, liberdade de cátedra e liberdade de reunião e associação. Esses direitos fundamentais garantem, de modo especial, as liberdades necessárias para uma atuação política. O art. 18 da Lei Fundamental menciona ainda a suspensão do sigilo telefônico e de correspondência, da propriedade e do direito ao asilo. A suspensão dos direitos fundamentais objetiva primordialmente a privação dos direitos políticos *jusfundamentais*, não sendo possível, evidentemente, a supressão total dos direitos das pessoas devido à garantia da dignidade humana.

Desde a criação da República Federal da Alemanha, houve apenas quatro tentativas de usar o instrumento da privação de direitos fundamentais, mas nenhum dos quatro processos obteve êxito. Embora a privação de direitos fundamentais não tenha até agora tido efeitos jurídicos práticos, só o fato de sua possibilidade já tem uma enorme função simbólica.

### 5.4. Denúncia contra juízes (art. 98 § 2º GG)

Também faz parte das normas que exprimem a ideia da democracia defensiva o instituto da denúncia contra juízes. Os juízes de carreira possuem um status especial devido à sua independência pessoal e material garantida constitucionalmente. Segundo o art. 98 § 2º da Lei Fundamental, mediante requisição do Parlamento por maioria de dois terços, o Tribunal Constitucional pode determinar a transferência de um juiz federal para outro cargo ou sua aposentadoria compulsória caso ele, no âmbito de seu cargo ou fora dele, tenha violado os princípios da Lei Fundamental ou a ordem constitucional de um estado da federação. Os estados da federação podem prever normas análogas para os juízes estaduais, mas, também nesses casos, a decisão cabe unicamente ao Tribunal Constitucional.

Essa possibilidade de denúncia contra juízes é a resposta da Lei Fundamental à radicalização de parte da magistratura durante o nacionalsocialismo. Por isso, foi preciso tomar precauções para que a independência dos magistrados não fosse novamente usada contra a democracia. Isso confere à denúncia contra juízes um grande valor simbólico para a defensibilidade da democracia. Na prática, porém, esse instrumento ainda não foi utilizado. Em vez disso, tem-se optado principalmente pela via do direito do funcionalismo público para disciplinar os juízes inimigos da Constituição, o qual será exposto adiante.

### 5.5. “Garantia de perpetuidade” (art. 79 § 3º GG)

Também expressão da defensibilidade da democracia liberal é a norma do art. 79 § 3º da Lei Fundamental, comumente chamada de “garantia pétrea” ou cláusula pétrea (em alemão, literalmente “garantia de perpetuidade”<sup>14</sup>). Como já mencionado, devido ao relativismo axiológico reinante à época, a Constituição de Weimar podia ser alterada por meio de uma simples lei ordinária, o que levou a *Grundgesetz* a tomar conscientemente

---

<sup>14</sup> Art. 79 (...)

(3) É inadmissível qualquer alteração à Lei Fundamental que afete a organização da Federação em Estados, a participação dos Estados no processo legislativo ou os princípios estabelecidos nos artigos 1º e 20.

um caminho oposto. No art. 79 § 3º, ela estabelece determinadas áreas nucleares como limites intransponíveis, retirando-as do poder constituinte do Legislador de modificar a Carta Magna. Dentre essas áreas cruciais estão a forma federativa do Estado, a participação dos estados na legislação, a garantia da dignidade humana, os princípios da democracia, da república e do Estado Social, assim como a vinculação da legislação à ordem constitucional e a vinculação do Executivo e Judiciário à lei e ao direito. A Constituição brasileira prevê limites semelhantes em seu art. 60.

Essa cláusula pétrea ou “garantia eterna” pretende impedir que a possibilidade de alteração da Constituição, com maioria de dois terços do Parlamento e do Conselho Federal, prevista na Lei Fundamental, possa ser usada para estabelecer um regime totalitário. Dessa forma, ela serve à democracia defensiva de forma diferente dos outros instrumentos já citados. Assim, por exemplo, através do instrumento da proibição de partidos políticos pretende-se evitar que partidos anticonstitucionais possam alcançar a maioria necessária para realizar alterações na Constituição. Mas, se isso, entretanto, viesse a acontecer, a garantia da cláusula pétrea serviria como última barreira para impedir alterações na Constituição incompatíveis com os princípios elementares de uma ordem livre e democrática.

### 5.6. Proteção da Constituição

Uma outra expressão da democracia defensiva na Alemanha, de grande relevância prática, é a proteção da Constituição. Os instrumentos da democracia defensiva só podem ser utilizados eficazmente se houver conhecimento suficiente da situação de risco. Além do Órgão Federal de Proteção da Constituição, que conta com mais de 4.000 funcionários, os dezesseis estados da federação também possuem seus próprios órgãos estaduais de defesa da Constituição. No art. 73 § 1º inc. 10b, a Lei Fundamental atribui expressamente ao Órgão de Proteção da Constituição a função de garantir a ordem fundamental livre e democrática, bem como a existência e a segurança da União e dos estados da federação.

Isso inclui, entre outras medidas, o combate ao extremismo de direita e de esquerda, ao islamismo e terrorismo, bem como a proteção do Estado e da sociedade contra espionagem, sabotagem e ataques cibernéticos. Para essa finalidade, os órgãos de proteção constitucional podem monitorar pessoas, grupos e partidos políticos que eles classifiquem como anticonstitucionais e configurem ameaça à segurança, bem como coletar e analisar informações em grande escala. Para isso, eles têm à disposição instrumentos de inteligência, como a observação, a atuação de pessoas de confiança, o monitoramento de correspondências e de telecomunicações e o monitoramento na internet.

Esses meios de vigilância sigilosa atingem de modo particularmente intenso os direitos fundamentais e, por isso, só podem ser utilizados mediante o atendimento de rigorosos critérios de proporcionalidade. Até mesmo magistrados e deputados podem ser monitorados em sigilo se a proteção da ordem fundamental livre e democrática for mais premente do que a proteção da independência e da liberdade de determinados juízes ou deputados. Isso pode acontecer, por exemplo, se um deputado abusar do seu mandato para combater ativamente a ordem fundamental estatal.

### **5.7. Deveres de lealdade à Constituição do serviço público**

De grande importância para a defesa da democracia na Alemanha é o dever de lealdade à Constituição por parte dos funcionários públicos em geral, juízes e soldados. Desses “funcionários do Estado” espera-se que eles compartilhem os valores básicos estruturantes da Constituição. Por isso, a Lei Fundamental exige de servidores, juízes e soldados uma lealdade especial à Constituição. Nesse dever de lealdade evidencia-se novamente a escolha da Constituição por uma democracia defensiva. Segundo o Tribunal Constitucional, “o Estado de Direito democrático e liberal não pode e não deve se entregar nas mãos dos seus aniquiladores”. O dever de lealdade de servidores, juízes e soldados é moldado com mais exatidão na legislação que rege o serviço público, como exposto mais detalhadamente ao final.

## 6. Exemplos de manifestações da democracia defensiva no direito ordinário

Além da própria Constituição, o direito do funcionalismo público - concretizado por meio de legislação ordinária e aplicável a servidores, juízes e soldados – contém, em especial, regras para a proteção da ordem fundamental livre e democrática.

### 6.1. Direito do funcionalismo público

Em todas as leis dos servidores públicos, na Lei dos Soldados (*Soldatengesetz*) e na Lei Alemã da Magistratura (*Deutsches Richtergesetz*) há disposições sobre o dever de lealdade à Constituição. Todos os funcionários públicos, juízes e soldados se obrigam a manter lealdade à Constituição através de juramento. O objetivo aqui é manter pessoas inimigas da Constituição longe do serviço público. Ninguém que rejeite o Estado deve exercer um poder soberano.

Em primeiro lugar, só pode ser funcionário público quem ofereça garantias de sempre defender a ordem fundamental livre e democrática. Nos primeiros anos de profissão, os servidores são nomeados somente por um período de experiência a fim de que comprovem sua aptidão para o cargo. Se nesse período demonstrarem uma mentalidade extremista, as leis aplicáveis permitem uma exoneração imediata.

Se o funcionário já tiver obtido estabilidade, ele deve se comprometer com a ordem fundamental livre e democrática – dentro e fora de sua atividade. A violação desse preceito pode ter efeitos jurídicos diversos, desde a censura até a exoneração. São possíveis ainda a retenção de rendimentos, regressões na carreira e advertências. Nos seguintes exemplos, servidores públicos receberam recentemente a punição mais rigorosa e foram exonerados do serviço público por práticas anticonstitucionais:

- Reprodução de operações militares da Segunda Guerra Mundial com clara referência às forças armadas nazistas

- Declarações e tatuagens relacionadas ao nazismo
- Negação da existência e da legitimidade da República Federal da Alemanha e de seus representantes democraticamente eleitos (caso dos *Reichsbürger*, os chamados “cidadãos do Império”)

Também só pode ser nomeado juiz quem ofereça garantias de sempre defender a ordem fundamental livre e democrática. Se surgirem indícios no período de experiência de que existem dúvidas a esse respeito, a nomeação para juiz com estabilidade não ocorre. Mas mesmo uma relação jurídica vitalícia pode ser encerrada. Espera-se que os juízes tenham independência e neutralidade. Eles são obrigados a manter lealdade à Constituição, a ter comedimento político e uma conduta confiável. Em caso de graves infrações a esse dever funcional, pode um juiz também perder seu cargo ou ser aposentado compulsoriamente para que se evitem graves danos à Justiça. Dois exemplos recentes são dignos de nota:

- Um juiz, que anteriormente havia sido por muito tempo deputado no Parlamento, foi aposentado provisoriamente após reassumir o cargo de magistrado por causa de declarações racistas e de desprezo por seres humanos em discursos realizados em campanhas eleitorais e em tweets. Isso fez com que se questionasse se esse juiz ainda estaria em condições de julgar conforme a Constituição, de forma imparcial e impessoal.
- Ao contrário, no caso de uma juíza, que também havia sido deputada, o tribunal disciplinar primeiro rejeitou a solicitação de afastamento do cargo, porque as declarações proferidas por ela no Parlamento não tinham efeito incriminatório em virtude da imunidade parlamentar. Contudo, após a descoberta de outras atividades contrárias à Constituição, a magistrada acabou sendo temporariamente suspensa do cargo no âmbito de um processo disciplinar. Ela é acusada de pertencer a um grupo terrorista que queria criar uma ordem estatal própria. Tratam-se, porém, de casos isolados, pois a grande maioria

dos magistrados alemães estão firmemente apoiados na ordem fundamental livre e democrática.

## 6.2. Direito Penal

Por fim, o Direito Penal também pode ser usado como um instrumento da democracia defensiva para a proteção da ordem fundamental livre e democrática. Nesse sentido, o Código Penal alemão tipifica os chamados delitos contra a proteção do Estado, com os quais pretende assegurar penalmente a existência da República Federal da Alemanha, a segurança interna e externa, e os princípios constitucionais elementares. Tratam-se de delitos motivados por questões políticas que ameaçam a ordem fundamental livre e democrática, e os direitos humanos. São passíveis de sanção, por exemplo, a criação ou a filiação a uma associação terrorista, a coerção de órgãos constitucionais, a obstrução e a fraude eleitoral, bem como a espionagem e a quebra de sigilo. Em razão da forte gravidade dessa criminalidade motivada politicamente e nociva ao Estado, a persecução penal nesses casos é de competência do Procurador-Geral da República, que dispõe de experiência especial e de métodos rigorosos de investigação.

Enquanto nos anos 70 o terrorismo de esquerda predominou dentre os delitos contra o Estado, com assassinatos e ataques da Facção Exército Vermelho contra representantes do Estado e da sociedade, em tempos recentes predomina o terrorismo islâmico com, por exemplo, o ataque terrorista ao mercado de Natal em uma praça de Berlim e o extremismo de direita, com ataques xenófobos. Deve-se mencionar ainda os atos violentos perpetrados por manifestantes sem vinculação específica, os chamados “autônomos”, durante a Cúpula do G-20 em Hamburgo, em julho de 2017, com ataques que ameaçaram a vida de policiais e de cidadãos.

## 7. Conclusão

Do exposto, conclui-se que não faltam na Alemanha instrumentos para combater as ameaças à ordem fundamental livre e democrática. Nesse sentido, a defesa da democracia age em todas as direções. A proibição de partidos políticos e o dever de lealdade à Constituição que recai sobre funcionários públicos, juízes e soldados protegem contra ameaças provenientes do interior do Estado, enquanto a proibição de associação, a privação de direitos fundamentais e os órgãos de proteção da Constituição protegem contra ameaças vindas da sociedade. A chamada “última tábua de salvação” são as cláusulas pétreas, ou seja, as garantias de perpetuidade. Com esses instrumentos, a Alemanha afastou as consequências da vulnerabilidade da democracia na República de Weimar e das terríveis experiências da ditadura nazista.

Mas uma lição da República de Weimar é também que a ordem livre e democrática está melhor protegida contra seus inimigos internos e externos quando ela está firmemente arraigada na convicção política dos cidadãos e quando é sustentada pela ampla maioria da população. Para tanto contribui certamente a Justiça quando, através de tribunais independentes, cria segurança e paz jurídica para todos, assegurando, dessa forma, a liberdade para a respectiva maioria democrática. Os tribunais constitucionais, em particular, servem melhor à democracia liberal quando não se tornam eles mesmos atores políticos, mas, sim, cumprem sua tarefa de guardiões da Constituição como árbitros neutros em meio ao embate político de ideias.

## Referências

**ALEMANHA.** Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Versão alemã, 23 de maio de 1949. Deutscher Bundestag. Edição jun. de 2022.

**Sobre o autor:**

**Josef Christ**

Ministro do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht) desde 2017. Doutor pela Universidade de Heidelberg (Alemanha).

**Sobre os revisores:**

**Karina Nunes Fritz**

Doutora (summa cum laude) pela Humboldt Universität de Berlim (Alemanha). Prêmio Humboldt de melhor tese de doutorado na área de Direito Civil (2018). LL.M na Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Secretária-Geral da Deutsch-lusitanische Juristenvereinigung (Associação Luso-alemã de Juristas), sediada em Berlim. Professora, Advogada e Árbitra. Autora da coluna German Report (Migalhas).

**Emil Richter** | *E-mail:* [info.brasilia@alemanha.org.br](mailto:info.brasilia@alemanha.org.br)

Primeiro Secretário da Embaixada da Alemanha no Brasil.

**Artigo convidado.**

**Corpo Editorial:**

**Editor-Chefe: J.P.B**

**Editores-Adjuntos: L.S.G**

**Josef Christ**

Conceitualização; Curadoria de Dados; Análise Formal; Aquisição de Financiamento; Investigação; Metodologia; Administração de Projeto; Programas; Recursos; Supervisão; Validação; Visualização; Escrita (rascunho original); e, Escrita (revisão e edição)